

## Comentario al Artículo 2o. Constitucional

Orlando ARAGÓN ANDRADE\*  
Marycarmen COLOR VARGAS\*\*

\* Profesor de los programas de licenciatura y maestría en derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

\*\* Profesora invitada de la maestría en derecho del Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y de la maestría en derechos humanos de la Universidad Iberoamericana.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Los pueblos indígenas ante las Constituciones del Estado mexicano.* III. *Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* IV. *Las fuentes de la libre determinación y la autonomía en el derecho internacional.* V. *El camino recorrido por los pueblos indígenas ante la Corte Interamericana: criterios jurisprudenciales sobre sus derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales.* VI. *A modo de consideraciones finales.*

**PALABRAS CLAVE:** Pueblos indígenas; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; autonomía; derecho a la autodeterminación; territorios y recursos naturales; pluricultural.

## I. Introducción

En nuestros días la dimensión de la pluralidad cultural de México, concentrada principalmente en los pueblos indígenas, es promovida y difundida por prácticamente todos los medios estatales y privados. Más allá de la lógica política de esta promoción multiculturalista ha comenzado a afianzarse un nuevo sentido común basado en la "tolerancia" y reconocimiento de los pueblos indígenas.<sup>1</sup> Esta promoción "desde arriba" ha logrado generar en amplios sectores de la sociedad mexicana un imaginario de respeto e inclusión de los pueblos indígenas que dista mucho de lo reciente e inacabado del proceso de reconocimiento que se ha dado a nivel jurídico. Hace apenas veinte años que se reconoció constitucionalmente, por primera vez en la historia del Estado mexicano, a los pueblos indígenas como un componente "positivo" de la nación.

La contribución que aquí presentamos intenta analizar este duro camino de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en México a partir del análisis, nacional e internacional, de lo que consideramos el derecho matriz de los pueblos indígenas: el de la autonomía.

<sup>1</sup> Véase: Hale, Charles, "Rethinking indigenous politics in the era of the 'indio permitido'", *NACLA report of the Americas*, 2004, vol. 38, pp. 16-37. Sobre esta lógica multicultural puede consultarse: Zizek, Slavoj, "Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional", en: Fredric Jameson y Slavoj Zizek, *Estudios culturales, reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, pp.137-188.

También nos concentramos en algunos de los desafíos que estos enfrentan hoy en día y los instrumentos que la nueva reforma en materia de derechos humanos y el propio derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, les proveen para enfrentarlos.

Para alcanzar estos objetivos dividimos este trabajo en cuatro partes. En la primera analizamos el devenir de los pueblos indígenas ante las distintas constituciones del Estado mexicano. Posteriormente, nos enfocamos en estudiar los principales estándares internacionales establecidos por algunos órganos de tratados, en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En un tercer apartado nos enfocamos en sistematizar algunos de los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en conflictos que atañen a los pueblos indígenas en su lucha contra sus enemigos contemporáneos. Finalmente cerramos con un apartado que dedicamos a realizar una breve reflexión final, a partir de las experiencias de Cherán y Wirikuta, sobre el uso del derecho por parte de los pueblos y comunidades indígenas.

## II. Los pueblos indígenas ante las Constituciones del Estado mexicano

Por supuesto, esto no quiere decir necesariamente que otros cuerpos constitucionales no hayan contemplado con anterioridad a los pueblos indígenas. De hecho, conocer y comprender el devenir de este proceso de transformación constitucional es de capital importancia para interpretar adecuadamente el sentido de la lucha de los pueblos indígenas en México por el reconocimiento de sus derechos.

Una buena forma de abordar este último punto es remitiéndonos a la clásica metáfora fundadora de los Estados modernos, es decir, al contrato social.<sup>2</sup> Como es conocido la idea del contrato social supone la existencia de un momento en el cual las personas no estaban sujetas a un poder soberano externo, únicamente dependía de su propia libertad; a este momento se le conoce en la teoría contractualista como el "estado de naturaleza". Por otra parte, la realización del contrato social supone el acuerdo entre personas iguales para salir de ese "estado de naturaleza", mediante el que ceden parte de su soberanía a una entidad externa para formar un nuevo tipo de sociedad, la "sociedad civil". Este nuevo tipo de sociedad es la beneficiaria del contrato social, de los derechos que el Estado está "obligado" a

<sup>2</sup> Retomamos esta idea del análisis propuesto en: Santos, Boaventura de Sousa, "A crise do contrato social da modernidade e a emergência do fascismo social" en: *A gramática do tempo: por uma nova cultura política*, São Paulo, Cortez, 2006.

brindarle y garantizarle por la razón misma del contrato. Por exclusión los sujetos no pertenecientes a la "sociedad civil", que bajo los cánones de la teoría contractualista clásica no existen puesto que se parte de la premisa de que todos ingresan a ella, son tratados como inexistentes y sin derechos en el mejor de los casos o en el peor de ellos como enemigos a exterminar. Bien ¿Qué nos dice esta metáfora para interpretar la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Estado mexicano?

De entrada, nos revela una injusticia histórica que aun no ha sido reparada a cabalidad con los pueblos indígenas de nuestro país y que, por otro lado, es bueno tener en cuenta para disipar algunos de los efectos amnésicos del multiculturalismo "desde arriba" y tratar de dimensionar de forma más adecuada el nivel de exclusión que han padecido los indígenas en México y en consecuencia el largo camino que queda por recorrer en la materia. Tendríamos que recordar, entonces, lo advertido por Arturo Warman en el sentido de que en los años en los que inició la lucha por la independencia de México, los pueblos indígenas representaban el 60 % de la población total de la Nueva España, es decir, eran la mayoría en relación con los demás sectores como las personas criollas y las demás castas que se asentaban en el territorio colonial.<sup>3</sup> ¿Cuántos diputados del poder constituyente de Apatzingán o del de 1824 fueron representantes de los pueblos indígenas? Evidentemente la respuesta es ninguno. De esta manera, la mayor parte de la población del naciente Estado mexicano fue excluida. Esta situación se comprende mejor si tomamos en cuenta lo que nos recuerda Reynaldo Sordo a propósito del trabajo de los congresos de la primera mitad del siglo XIX, "la política era una cuestión de una minoría que hablaba y actuaba a nombre de la nación. Minorías urbanas que tenían poco que ver con la mayoría de la población que para esos años era predominantemente rural".<sup>4</sup>

Si seguimos la metáfora política que hemos propuesto podríamos decir que a los pueblos indígenas se les dejó en el "estado de naturaleza", mientras que se fundó un Estado con una "sociedad civil" de criollos y algunos otros sectores, completamente minoritaria, que impulsaron su proyecto de nación acompañado de su visión de modernización en la cual los indígenas no tenían un lugar en el futuro de México. De esta manera, fue como se consideró jurídicamente a los pueblos indígenas durante el siglo XIX, como un sector ajeno a la "sociedad civil" del Estado mexicano; incluso como a un enemigo al cual se debía exterminar.

Esta situación se expresa claramente en lo establecido por el artículo 50 fracción XI de la Constitución de 1824 que facultó al congreso para legislar sobre comercio con naciones

<sup>3</sup> Warman, Arturo, *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 50.

<sup>4</sup> Sordo Cedeño, Reynaldo, "El congreso y la formación del Estado-nación en México, 1821-1855", en: Josefina Zoraida Vázquez (Coord.), *La fundación del Estado mexicano*, México, Nueva Imagen, 2004, p. 144.

extranjeras, entre entidades federativas y con las tribus indias. Una consideración similar dio la Constitución de 1857 a los indígenas en su única alusión sobre ellos; en ella se autorizaba la unión militar entre las entidades federativas fronterizas con naciones extranjeras para combatir a los bárbaros.<sup>5</sup>

Desde este momento comenzó a ser patente que las distintas sublevaciones y luchas de resistencia que muchas comunidades indígenas desplegaron durante el siglo XIX fueron para hacer frente a los proyectos modernizadores impulsados por los distintos gobiernos liberales y en última instancia en defensa de la autonomía que durante gran parte del régimen colonial habían tenido. Por esa razón no es casual que desde entonces los derechos más demandados, por supuesto no en su formulación jurídica contemporánea, por los pueblos y comunidades indígenas hayan precisamente los vinculados con la idea de la autonomía.

La condición de los pueblos indígenas se modificó con las luchas que protagonizaron por la defensa de su autonomía y particularmente de la tierra comunal durante la última parte del siglo XIX y la primera del siglo XX. No obstante, este cambio no fue suficiente para sacar del "estado de naturaleza" a los pueblos indígenas, apenas sirvió para matizar las prácticas etnocidas del Estado mexicano. Esta variación quedó establecida legalmente en lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución de 1917, es decir, en la salvaguarda y reconocimiento de la propiedad comunal de la tierra. De tal manera, que en las primeras décadas del siglo XX el Estado mexicano dejó de combatir a los pueblos indígenas mediante las armas, para ahora recurrir a la implementación de políticas públicas, más bien conocidas como políticas indigenistas.

La finalidad explícita de estas políticas era la de "integrar" al indígena a la nación mexicana, pero no respetando su autonomía y sus especificidades; sino más bien imponiéndole nuevamente un proyecto de nación, esta vez de corte mestizo, que lo excluía del futuro del Estado. Por tanto podemos decir, retomando la analogía del contrato social, que a pesar de que en apariencia el Estado mexicano les abría la puerta de entrada a la "sociedad civil", en realidad les estaba planteando una imposición contractual, en la cual se dejaba de lado la libertad e igualdad de los indígenas como partes contratantes.

Paradójicamente este afán de "integrar" a los pueblos indígenas mediante políticas indigenistas fue una forma de reconocer su existencia por parte del Estado mexicano. Para lograr

<sup>5</sup> Aragón Andrade, Orlando, "Los pueblos indígenas ante las constituciones del Estado mexicano. Un ensayo crítico", en: Jaime Hernández Díaz y Héctor Pérez Pintor (Coords.), *Reflexiones jurídicas en la historia constitucional mexicana: Una perspectiva bicentennial*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2009, pp. 148-150.

esta pretensión desarrolló una institucionalidad, durante gran parte del siglo pasado, como un programa político destinado exclusivamente para los pueblos indígenas. Ahora bien, la idea de estas instituciones, como lo expresó Alfonso Caso quien fuera director durante 22 años del Instituto Nacional Indigenista, consistía en que "al promover el desarrollo de las comunidades indígenas, no se pretende conservarlas en el estado de atraso económico y cultural en el que se encuentran, sino transformar su cultura para integrarlas a la vida económica, social y política, asegurando, de esta forma, la unidad nacional".<sup>6</sup>

A pesar de esta ambigüedad en el campo político el tratamiento estatal durante la época posrevolucionaria, ya en el terreno jurídico y particularmente a nivel constitucional, mantuvo a los pueblos y comunidades indígenas por fuera de la "sociedad civil" que conformaba al Estado mexicano.

El estatus legal de los pueblos indígenas no varió significativamente, sino hasta 1992. En el contexto de una gran movilización indígena a nivel continental y en una fecha emblemática, el V Centenario del "descubrimiento de América", el Estado mexicano reformó el texto del entonces artículo 4o. para reconocer, por primera vez en su historia, la existencia de los pueblos indígenas como una parte integrante de la nación.<sup>7</sup>

Ahora bien, el artículo 4o. apenas reconoció la composición pluricultural de la nación mexicana; sin embargo, dejó de lado muchos otros aspectos fundamentales para hacer efectivo el acceso de los pueblos indígenas a la "sociedad civil" del Estado mexicano. La principal omisión de esta reforma, sin lugar a dudas, fue la ausencia en el texto constitucional del derecho a la autonomía.

En este sentido la aprobación del artículo 4o. quedó muy lejos de representar la inclusión igualitaria de los pueblos indígenas a "sociedad civil" del Estado mexicano; fue, en cambio, un paso importante que abrió una serie de espacios para buscar una inclusión más justa. Al mismo tiempo la reforma implicó nuevas dificultades y desafíos para el efectivo acceso de los pueblos indígenas a la "sociedad civil" del Estado mexicano.

No pasó mucho tiempo cuando en 1994 otro acontecimiento sacudió la agenda política del Estado mexicano y puso nuevamente en el centro del debate el tema de los derechos de los pueblos indígenas. Como es conocido, en este año se levantó en armas el Ejército Zapatista

<sup>6</sup> Caso, Alfonso, *Indigenismo*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1970, p. 6.

<sup>7</sup> Véase: Aragón Andrade, Orlando, *Indigenismo, movimientos y derechos indígenas en México. La reforma del artículo 4o. constitucional de 1992*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas bajo la proclama, entre otras demandas, del respeto de los derechos los pueblos indígenas en México. Este proceso en particular desencadenó, después de un camino lleno de desencuentros entre el EZLN y el gobierno mexicano, una nueva reforma constitucional que se materializó hasta el año de 2001 en el texto del artículo 2o.

Si bien es cierto que esta última adecuación al texto constitucional amplió significativamente los derechos de los pueblos indígenas en relación con el artículo 4o.; tampoco fue lo suficientemente amplia como para resarcir las exclusiones históricas de las que han sido sujetos los pueblos indígenas en México. No obstante, en el nuevo texto constitucional ya se reconoció el derecho a la autonomía indígena abriendo nuevos espacios, todavía muy limitados por cierto, para que los pueblos indígenas continúen en su lucha por su inclusión justa e igualitaria en la "sociedad civil" del Estado mexicano.

Nos parece que el devenir del reconocimiento pleno de los derechos de los pueblos indígenas –y particularmente de la autonomía como derecho matriz de otros derechos– en el máximo estatuto jurídico del Estado mexicano, deben ser leídos como la lucha de los pueblos indígenas por formar parte en condiciones de igualdad real y de justicia de la "sociedad civil" que supone el contrato social.

Ahora bien, los procesos nacionales no son los únicos significativos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Otros a nivel global también han sido decisivos en el reconocimiento de estos derechos en general y en particular de la autonomía.

### III. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Por tal motivo, no podemos obviar el tema de la formación de un cuerpo jurídico a nivel internacional en materia de derechos indígenas, porque aunque la demanda por el reconocimiento de la autonomía es antigua, fueron los documentos jurídicos internacionales los que sirvieron de modelos legales a los textos constitucionales para su reconocimiento.<sup>8</sup> También es importante advertir que aunque aquí los presentamos como dos temas diferentes, el desarrollo de este cuerpo jurídico internacional no debe entenderse como un proceso separado de los que transcurrían en el ámbito nacional, sino más bien como caminos profundamente interrelacionados y en buena medida interdependientes.

<sup>8</sup> Véase: Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta/Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

Al igual que a nivel nacional las organizaciones indígenas de distintos Estados comenzaron a tener un importante activismo en diversas organizaciones internacionales hacia el último tercio del siglo XX. No obstante, desde décadas atrás distintos organismos ya se habían interesado en formular textos legales que contemplaron algunos derechos para los pueblos indígenas o para sus integrantes.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo que forma parte del sistema de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y que está dedicada específicamente a los derechos laborales, fue pionera en la producción de documentos legales que incluyeron a los pueblos indígenas. El primer documento importante para la conformación de un cuerpo legal de derechos indígenas a nivel internacional fue el Convenio 107 *Sobre poblaciones indígenas, tribales y semi-tribales* aprobado en la asamblea de la OIT en 1957. A pesar de su naturaleza "integracionista" este tratado estableció algunos derechos significativos para los pueblos indígenas y sus integrantes que antes no eran reconocidos por ningún ordenamiento legal. Por ejemplo, trató de suavizar las imposiciones que tradicionalmente realizaban los Estados a los pueblos indígenas invitándolos a tomar en consideración sus culturas y a buscar su colaboración en las medidas gubernamentales que los afectaban. Otro elemento significativo fue que este convenio reconoció las formas de propiedad individual y colectiva de los indígenas. También buscó asegurar mejores condiciones laborales, en general, para los miembros de los pueblos indígenas.

Ya dentro de una dinámica muy distinta, ahora con un marcado activismo de las organizaciones indígenas a nivel global, el Convenio 107 fue reemplazado en 1989 por el Convenio 169 *Sobre pueblos indígenas y tribales*. El nuevo convenio de la OIT estableció ya dentro de su articulado derechos tan importantes para los pueblos indígenas como el de la libre determinación, la autonomía, la consulta, el reconocimiento de sus justicias o sistemas normativos, de sus instituciones políticas, el reconocimiento de su cultura y lenguas, entre otros. Cabe señalar que el Estado mexicano fue el segundo en ratificarlo, sólo después de Noruega.

Posteriormente, el 13 de septiembre del 2007, después de más de 20 años de discusión,<sup>9</sup> se aprueba en la Asamblea General de la ONU el otro instrumento que hoy es considerado fundamental para los derechos de los pueblos indígenas: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>9</sup> Para consultar una amplia revisión sobre los antecedentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, *vid.*, Araceli Burguete Cal y Mayor y Margarito Xib Ruiz Hernández, "Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas", en Varios, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, IJ-UNAM, 1994; y Fergus Mackay, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, Lima, APRODEH/ FIDH, 1999.

En la formación de la Declaración la participación de las organizaciones indígenas fue aun más activa, gracias a la formación de instituciones dentro de la propia ONU que facilitaron esta presencia y activismo. En la última década se han creado diversos órganos relacionados con temas de pueblos indígenas como el Mecanismo de Expertos, el Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas,<sup>10</sup> el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas. La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas amplió de manera significativa varias de las prerrogativas ya establecidas en el Convenio 169, eliminando algunos de los candados y reservas que se les habían impuesto a los derechos de libre determinación, de autonomía, a la consulta, culturales, a los sistemas normativos propios, entre otros.

Se han generado muchas discusiones en torno al valor jurídico de la Declaración, la cual a diferencia del Convenio 169 no es un instrumento jurídicamente vinculante, es decir un tratado. Sin embargo, la Declaración puede considerarse como derecho emergente, al tener un carácter cada vez más vinculante pero todavía no obligatorio en sentido estricto. Para aclarar éste último punto referiremos dos cuestiones. La primera, que la Declaración tiene tres elementos que la proveen de una legitimidad política importante: tiene como fuente de autoridad política el sistema de Naciones Unidas, fue elaborada con la participación de los pueblos indígenas (aquellos a quienes "afecta") y tiene una autoridad epistemológica, pues a nivel global representa un estándar sobre las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas y estos y los particulares.<sup>11</sup>

La segunda, relacionada con el último elemento del primer punto, es que desde su adopción muchos órganos han establecido a la Declaración como una fuente de estándares en materia de pueblos indígenas.<sup>12</sup> Tal es el caso de Grupo sobre Desarrollo de Naciones Unidas, el que los Estados parte de la Convención sobre Diversidad Biológica hayan incluido en su Novena Conferencia, llevada a cabo en Mayo de 2008, a la Declaración en muchas de las decisiones de sus grupos de trabajo; así como, el hecho de que los pueblos indígenas de diversas partes del mundo reconozcan a la Declaración como una herramienta legítima para la lucha y exigibilidad de sus demandas.

<sup>10</sup> Para una explicación sencilla y accesible sobre el mandato de los Procedimientos Especiales, así como otras cuestiones básicas sobre derechos humanos, véase: *20 claves para comprender y conocer mejor los derechos humanos*, México, OACNUDH, 2011. Disponible en: <<http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/20clavesOK.pdf>> (26 de junio de 2013)

<sup>11</sup> Wheatley, Stephen, "Legal Status of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples." *The Inter Alia*, 60.7, 2010, pp. 64.

<sup>12</sup> Xanthaki, Alexandra, "Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments", *Melbourne Journal of International Law* 10.1, 2009, pp. 37.

Debemos advertir, sin embargo, que dentro del Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos no son sólo el Convenio 169 y la Declaración los únicos instrumentos que protegen los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, ya que de acuerdo con el principio de no discriminación todos los instrumentos del sistema, por lo menos en el texto, contienen normas que les son aplicables. Ahora bien, de los nueve tratados básicos en materia de derechos humanos,<sup>13</sup> algunos se han encargado de desarrollar un entramado de estándares internacionales específicos para los pueblos indígenas.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, órgano responsable de supervisar la aplicación y cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>14</sup> a través de la interpretación de su artículo 27 ha concluido que los derechos culturales de las minorías étnicas reconocidos en este tratado desde una perspectiva individual también tienen una dimensión colectiva.

En la Observación General Número 23<sup>15</sup> el Comité de Derechos Humanos reconoce que el ejercicio de los derechos culturales por parte de los pueblos indígenas está relacionado con el uso de sus recursos y territorios y que estos derechos implican la adopción de medidas para garantizar la participación de los miembros de las comunidades en la toma de las decisiones que les afectan, es decir, reconoce el derecho a la consulta.

La Observación General No. XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, encargado de supervisar la Convención en sobre la Eliminación de todas las formas de

<sup>13</sup> Los nueve tratados básicos en material de derechos humanos son: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

<sup>14</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor en marzo de 1976. Actualmente tiene 167 Estados Partes. En los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14 y 15, el Pacto detalla el derecho a la vida; la prohibición de la tortura; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso; la prohibición de la detención o prisión arbitrarias; los derechos de todas las personas privadas de libertad; la prohibición del encarcelamiento por incumplir una obligación contractual; el derecho a un juicio imparcial, y la prohibición de las medidas penales retroactivas. El Pacto es un instrumento con fuerza jurídica obligatoria que debe ser respetado por los gobiernos y sus instituciones. Este Pacto cuenta con dos Protocolos Facultativos: el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones al Pacto cometidas por los Estados Partes en el Protocolo; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto es relativo a la abolición de la pena de muerte respecto de los Estados que han aceptado el Protocolo. El Estado Mexicano es parte tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como de sus dos Protocolos Facultativos.

<sup>15</sup> FALTA TEXTO...

Discriminación Racial,<sup>16</sup> titulada "los derechos de las poblaciones indígenas", que trata cuestiones como: la obligación de los Estados parte de combatir la discriminación hacia los pueblos indígenas, insta a los Estados a que no se adopte decisión alguna relacionada directamente con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado, e identifica la necesidad de que los Estados reconozcan y protejan sus derechos sobre sus tierras y territorios; así como, la obligación de repararlos cuando sus derechos hayan sido violados.

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>17</sup> tiene la Observación General No. 14 relativa al derecho al disfrute del más alto nivel de salud, la cual hace referencia específicamente a los pueblos indígenas en el apartado 27. En esta se realiza un análisis del artículo 12 del Pacto en el que considera que: los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y que estos deben ser apropiados culturalmente, por ejemplo, reconociendo el uso de las medicinas tradicionales. Asimismo, identifica la relación entre la autodeterminación y el derecho al disfrute del más alto nivel de salud, con lo cual considera que los pueblos indígenas tienen el derecho a establecer, organizar y controlar sus servicios de salud, apunta sobre la necesidad de protección de los recursos naturales que ancestralmente han utilizado, así como de sus recursos alimenticios. Además determina que la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones (refiriéndose al desplazamiento de las poblaciones indígenas por actividades relacionadas con el desarrollo).

El desarrollo que desde estos tratados y la Declaración se ha hecho sobre los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido variado, atendiendo a momentos históricos, coyunturas y a la composición de los órganos creadores

<sup>16</sup> La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entró en vigor en enero de 1969, y prohíbe todas las formas de discriminación racial en las esferas política, económica, social y cultural. Actualmente tiene 174 Estados Partes. Entre otras cosas, dispone el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales, órganos y organismos encargados de la administración de justicia, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico. México es parte de este tratado, el cual entró en vigor a nivel nacional el 20 de marzo de 1975.

<sup>17</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) entró en vigor en enero de 1976 y cuenta actualmente con 160 Estados Partes. Algunos de los derechos que contiene son: en el artículo 11, se afirma el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado; este derecho, incluye el derecho a alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Además, el párrafo 2 del mismo artículo reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre. En los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 15 el Pacto detalla los derechos al trabajo, al goce de condiciones de trabajo razonables, a organizarse en sindicatos, a la seguridad social y el seguro social, a la protección de la familia y los niños, a la salud, a la educación y a participar en la vida cultural. El Pacto cuenta con un Protocolo Facultativo (AG, resolución A/RES/63/117), que establece la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales. El PIDESC fue ratificado por el Estado Mexicano, entrando en vigor entró en vigor para el país el 23 de junio de 1981. Por su parte, el Protocolo Facultativo aún no ha sido ratificado por México.

de este. Así, tan sólo por citar un ejemplo, los criterios en relación con el derecho a la consulta y al consentimiento no han sido homogéneos entre lo establecido por estos, mientras el artículo 19 de la Declaración y la Observación General No. XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecen que no deberá adoptarse decisión alguna que afecte los derechos e intereses de los pueblos indígenas sin su consentimiento, el Convenio 169 hace, en varios de sus artículos, diferencia entre las situaciones en las cuales se deberá obtener el consentimiento (Art. 16.2, relativo al desplazamientos de los pueblos indígenas de sus tierra y territorios ) y otras en las que sólo se deberá hacer una consulta de opinión (Arts. 6 y 7).

En este punto es importante volver a recalcar que todo el desarrollo del DIDH no ha sido gratuito, la lucha que los pueblos indígenas han tenido que librar para tener este lugar ha sido larga y extenuante y, sin duda, tendrá que continuar pues como sabemos el voto a favor de declaraciones de las Naciones Unidas o la ratificación de convenciones internacionales no siempre ha significado gran cosa. Sobre todo si se toma en cuenta que los sistemas políticos y jurídicos de los Estados no tienen el grado de desarrollo necesario para que tales compromisos se adopten con suficiente seriedad y las normas respectivas tengan efectiva aplicabilidad en el derecho interno.<sup>18</sup>

En el caso de México la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que hoy nos convoca a escribir en esta obra, es una coyuntura que podría permitir que esta reforma, junto con la movilización y la lucha de los pueblos indígenas de México por la defensa de sus derechos se convierta en un instrumento clave para que las autoridades mexicanas piensen las violaciones a los derechos humanos estas colectividades con el enfoque de que ellos y el Estado Mexicano ha existido un conflicto estructural y fundacional. Esta óptica debe de pasar por situar las condiciones de debate y negociación entre los pueblos indígenas y el Estado desde tres aspectos clave: el racismo y la discriminación; la desigualdad económica, social, política y cultural; y la falta de reconocimiento de sus tierras, territorios y recursos naturales

En este sentido, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, particularmente la Corte Interamericana, ha visibilizado y condenado la persistencia de factores de discriminación estructural en ordenamientos jurídicos como el de Paraguay en el caso de la comunidad indígena Xamok Kasek. Para el estudio de este y otros casos,<sup>19</sup> como el de otra

<sup>18</sup> José Zalaquett, "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", en: *Anuario de Derechos humanos*, No. 4, Centro de Derechos Humanos / Universidad de Chile-Faculta de Derecho, junio 2008, pp. 143-144.

<sup>19</sup> Otros casos en los que la Corte IDH ha sostenido este criterio son: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, párr. 165; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 46; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán*

comunidad indígena paraguaya llamada Yakye Axa, la Corte ha señalado que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales",<sup>20</sup> esto de conformidad con las reglas de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención") y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Corte ha mantenido el criterio de que para interpretar artículos como el 21 de la CADH, bajo el cual analiza las violaciones a los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas, necesita utilizar otros tratados internacionales distintos como el Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.<sup>21</sup> Para sumar elementos argumentativos a este análisis más comprensivo de los tratados sobre derechos humanos la Corte también apela al concepto de *corpus iuris*<sup>22</sup> y a que en virtud del artículo 29.b) de la Convención "ninguna disposición de ésta puede ser interpretada en el sentido de 'limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados'.<sup>23</sup>

En el criterio jurisprudencial que adoptó la Corte en el caso de la comunidad indígena Xamok Kasek sobre la obligación de los Estados para respetar y garantizar los derechos sin discriminación, la Corte concluyó que:

En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de

*Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16, párr. 114.

<sup>20</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 125.

<sup>21</sup> En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay la Corte analizó el artículo 21 de la Convención a la luz del Convenio 169 que había sido ratificado por ese país; mientras que en el caso de la comunidad indígena *Saramaka Vs. Surinam*, lo analizó a luz de los Pactos de Derechos civiles y Político y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puesto que Surinam no ha ratificado el Convenio 169.

<sup>22</sup> "El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo." Véase: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *op.cit.*, párr. 115.

<sup>23</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 129.

recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria.

Todo lo anterior evidencia una discriminación de facto en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.<sup>24</sup>

Junto con el análisis estructural de la discriminación que han sufrido los pueblos indígenas, y que en la primera parte de este comentario caracterizamos bajo la noción del "estado de naturaleza", debemos subrayar el derecho matriz sobre el que se sustentan los demás derechos que tienen estas colectividades, nos referimos al derecho a la autonomía. Este derecho constituye, a nuestro juicio, la piedra angular en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y por tanto el derecho central del artículo 2o. La importancia de la autonomía requiere detenernos en ella para aportar algunos elementos para su cabal comprensión.

#### IV. Las fuentes de la libre determinación y la autonomía en el derecho internacional

La primera cuestión importante que habría que tener en consideración es conocer de dónde surge el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas. Ya señalamos que una "fuente histórica", por emplear un término positivista, proviene propiamente de las luchas de los pueblos y comunidades; no obstante la "fuente formal" más importante proviene del derecho internacional.

La mejor forma de dar respuesta a esta interrogante es retomando la discusión del derecho a la libre determinación. Ahora bien, este punto nos llevará, a su vez, a estudiar brevemente

<sup>24</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 273 y 274.

otras cuestiones como la evolución de los principios de legalidad en la conformación de los Estados en el derecho internacional.<sup>25</sup>

Como es conocido en la historia europea, los primeros Estados modernos se conformaron alrededor de los derechos divinos y de las lealtades de los súbditos hacia los monarcas; este principio fue sustituido en las revoluciones burguesas del siglo XVIII por el de "las nacionalidades" que estuvo íntimamente asociado a la idea de la soberanía popular.

Ahora bien, es importante advertir que este principio no siempre significó lo mismo.<sup>26</sup> En realidad, la ecuación que todavía es predominante en muchos de los cursos de teoría del Estado "Un Estado-una Nación-un Pueblo = mismo tronco étnico-una lengua-una cultura" es bastante resiente en comparación con la propia trayectoria del poder estatal o incluso en su composición basada en el "principio de nacionalidades". Fue apenas con el Tratado de Versalles y particularmente con la postura que impulsó el presidente estadounidense Woodrow Wilson que se afianzó esta ecuación. A partir de esta fórmula, se comenzó a establecer en el derecho internacional que la libre determinación le correspondía a toda nación-pueblo, entendidos en la formulación wilsoniana.

Por supuesto, este planteamiento fue también promovido por factores sociales y políticos propios de esos momentos históricos, como, por ejemplo, el temor de la expansión de la revolución soviética a los Estados multinacionales derrotados en la primera guerra mundial. De tal manera, que en ese momento la fórmula atrás planteada y la consecuente fragmentación de los antiguos Estados multinacionales fueron la salida que las potencias triunfantes en la primera guerra mundial encontraron para frenar la "amenaza comunista".

Así pues, a partir de esta reformulación, la libre determinación consistió, al menos idealmente, en que cada grupo étnico si lo quería, podría independizarse del Estado al que pertenecía para formar su propio Estado. En otras palabras en este momento histórico el derecho a la libre determinación era únicamente interpretado desde su expresión del derecho a la secesión.

<sup>25</sup> Este tema se desarrolla de una forma más completa en: Burguete Cal y Mayor, Araceli y Aragón Andrade, Orlando, "Libre determinación y autonomía indígena. Debates teóricos, legislación y autonomías de *facto* en México: un acercamiento", en: Orlando Aragón Andrade (Coord.), *Los derechos de los pueblos indígenas en México. Un panorama*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2008.

<sup>26</sup> En su estudio clásico sobre el nacionalismo Eric Hobsbawm nos recuerda que el periodo de 1830 a 1880 predominaron tres criterios para identificar a una nación. "El primero era su asociación histórica con un estado que existiese en aquellos momentos o un estado con un pasado bastante largo y reciente." "El segundo criterio era la existencia de una antigua elite, poseedora de una lengua vernácula literaria y administrativa nacional y escrita." Por último el tercer criterio consistía, según Hobsbawm, en "una probada capacidad de conquista. No hay como ser un pueblo imperial para hacer que una población sea consciente de sus existencia colectiva como tal [...]". Hobsbawm, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Madrid, Crítica, 1991, pp. 46-47.

La consolidación de esta fórmula trajo dos consecuencias casi inmediatas en la Europa de la primera mitad del siglo XX. Por un lado, el exacerbamiento de los discursos nacionalistas y en muchos casos la persecución y exterminio abierto de las minorías nacionales en los distintos Estados europeos y por el otro, la escalada de nacionalismos populares que desafiaban los nacionalismos oficiales impulsados desde los Estados.

Estas consecuencias contribuyeron a la formación de la situación político-social que desembocó en la segunda guerra mundial en Europa y en la persecución que sufrieron varios grupos étnicos. Esta realidad obligó a los Estados, una vez concluida la guerra, a tomar cartas en el asunto y buscar la protección de las minorías étnicas y religiosas, en la arena del derecho internacional. Fue por estas razones que se emitió en 1948 la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* en la asamblea de ONU

A pesar de este primer esfuerzo de la ONU por proteger algunos derechos a las minorías étnicas y religiosas europeas no podemos hablar de que en este momento se produjo una ampliación del derecho de libre determinación hacia estos grupos. Tuvieron que pasar varias décadas y surgir otro conflicto internacional para que esta reinterpretación de la libre determinación en el derecho internacional fuera posible.

Fue con el proceso de descolonización en África que se abrió una nueva vía para replantear el derecho a la libre determinación ahora bajo la óptica del "derecho de los pueblos". Bajo esta lógica la ONU emitió en 1960 la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* en la cual se reconoció el derecho de libre determinación a las excolonias africanas para formar sus propios Estados. Sólo seis años después esta idea, pensada originalmente para el contexto africano, fue ratificada en los artículos primeros de los Pactos de derechos civiles y políticos y en el de derechos económicos, sociales y culturales.

Hasta este momento y a pesar de la nueva coyuntura el derecho a la libre determinación siguió siendo aplicado y entendido únicamente en su dimensión correspondiente a la secesión. No obstante, fue también a partir de este episodio histórico que las organizaciones indígenas que participaban ya en algunos organismos internacionales elaboraron una estrategia para reivindicar su carácter de "pueblos", diferenciándose al tiempo de las minorías nacionales y religiosas, para así poder exigir su derecho a la libre determinación.<sup>27</sup>

En este proceso nuevamente el activismo indígena, al interior de la ONU y de la OIT, fue de vital importancia para lograr modificar el término "poblaciones" que era el que se utilizaba

<sup>27</sup> Véase: Rouland, Norbert *et. al.*, *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999, pp. 355-356.

para referirse a los indígenas por el de "pueblos" que actualmente es utilizado. Este objetivo se consumó a nivel jurídico, aunque ya había tenido otros antecedentes a nivel de estudios como el famoso "Informe Cobo" realizado por la ONU,<sup>28</sup> con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, que incluso en su título desplazó el término de "poblaciones" por el de "pueblos".

Esta operación terminológica en la denominación de los pueblos indígenas, sin embargo, tuvo un sentido novedoso al que se había dado décadas atrás en el proceso de descolonización. Para los pueblos indígenas el sentido del derecho a libre determinación se reconoció, desde el Convenio 169, sólo en la otra de sus expresiones posibles: la autonomía. Esto es ejercer su derecho a la libre determinación dentro del marco del Estado nacional, tal como lo han planteado en prácticamente todas sus movilizaciones los pueblos indígenas de América Latina, y no por la vía de la secesión o del derecho a separarse de un Estado para formar uno nuevo.

Bajo la lógica de la autonomía es como desde las últimas dos décadas se ha venido reconociendo en las constituciones de América Latina el derecho de libre determinación de los distintos pueblos indígenas. Ahora bien, una segunda cuestión que nos interesa plantear es que a pesar de que el derecho a la autonomía procede de la misma fuente del derecho internacional la forma en que se ha reconocido en los Estados latinoamericanos, varía significativamente. Hay casos, desafortunadamente la mayoría, en los que los reconocimientos son prácticamente una formalidad que carece de casi cualquier efectividad en la "realidad", pero también hay experiencias, si bien muy resientes para ser sometidas a una evaluación justa, donde el ejercicio de la autonomía ha alterado significativamente la relación entre los Estados nacionales con los pueblos indígenas, como en los casos de las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador.<sup>29</sup>

Por esta razón, precisamente, advertimos que los procesos globales y nacionales no deben verse como separados, sino como dos factores interdependientes que de su combinación dieron forma concreta al derecho a la autonomía, en cuanto límites y alcances, en cada uno de los Estados. En este sentido, vale la pena tener en cuenta lo que señala con acierto Araceli Burguete al referirse a los distintos regímenes de autonomía existentes en América Latina como una realidad caleidoscópica más que como un bloque homogéneo.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Véase los resultados de este informe en: Cobo Martínez, José, "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas", en: *Manual de documentos para la defensa de los derechos indígenas*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1989, pp. 111-117.

<sup>29</sup> Santos, Boaventura de Sousa, *La refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Lima, RELAJU, 2010.

<sup>30</sup> Esta realidad caleidoscópica se expresa de distintas formas, por ejemplo de acuerdo a su temporalidad y alcance, de tal forma que no es lo mismo las autonomías interétnicas de la costa atlántica de Nicaragua, que fueron las

Tampoco podemos hablar de homogeneidad alguna en los desafíos que enfrentan en cada contexto, ni en las bases en que se sustenta las diferentes expresiones de autonomía indígena en América Latina. No obstante, podemos advertir algunos problemas generales que son enfrentados de diferente manera. Por ejemplo, hoy en día la gran mayoría de las autonomías indígenas establecidas en los marcos legales de los Estados, incluso aquellas que en algún momento fueron consideradas como paradigmáticas, enfrentan procesos que cuestionan su naturaleza progresista de lucha social al ser combinadas con las políticas neoliberales de descentralización que han acelerado el neoextractivismo de recursos naturales en toda América Latina.

De hecho, este desafío o problema es bastante aplicable para la realidad mexicana, tal vez no tanto porque se tenga un sistema muy amplio de autonomía indígena que se esté pervirtiendo (nunca lo ha existido), sino en relación con los demás derechos indígenas que son potencializados cuando convergen o no representan peligro alguno para el sistema económico neoliberal, pero en cambio cuando se da una colisión entre los intereses defendidos por el neoliberalismo y los derechos de los pueblos indígenas, estos últimos son generalmente ignorados. Hoy el gran riesgo en México, como en la mayor parte de los Estados de América Latina, con los derechos indígenas es que funcionen bajo el ritmo y la lógica del neoliberalismo multicultural.

La manifestación de este conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y la lógica del neoliberalismo multicultural, también se ha presentado en el derecho internacional. Específicamente, en derechos que son componentes esenciales del derecho a la autodeterminación y nos referimos al: derecho a las tierras y territorios, el derecho al desarrollo y el derecho a la consulta. Estos se han vuelto particularmente conflictivos para los Estados porque en su ejercicio los pueblos indígenas trastocan intereses de índole económica.

## V. El camino recorrido por los pueblos indígenas ante la Corte Interamericana: criterios jurisprudenciales sobre sus derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales

Actualmente, como lo mencionábamos, uno de los grandes conflictos con los pueblos indígenas está enmarcado en términos de sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos

---

primera en el subcontinente, a las jurisdicciones especiales indígenas establecidas por la constitución colombiana de 1991 o el proyecto de formación de un estado multinacional y descolonizador en la Bolivia de Evo Morales. Tampoco podemos ignorar que la autonomía indígena no es un fenómeno exclusivo de aquellos que la desarrollan bajo el reconocimiento legal de los Estados. De tal suerte, que no podemos ignorar que existen también experiencias de distintos pueblos indígenas que han decidido ejercer su derecho a la autonomía por fuera de la legalidad estatal, como es el caso de las comunidades zapatista. Véase: González, Miguel y Burguete Cal y Mayor, Araceli, "Introducción", en: Miguel González, Araceli Burguete Carl y Mayor y Pablo Ortiz (Coords.), *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Quito, FLACSO / GTZ / IWGIA / CIESAS / UNICH, 2010, pp. 9-32.

naturales. La Corte Interamericana ha conocido hasta 2010 diversos casos específicamente relacionados con estos y otros derechos, entre ellos: *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Moiwana Vs. Suriname*, *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *Saramaka Vs. Surinam* y *Xamox Kasek Vs. Paraguay*.

En las sentencias sobre estos casos la Corte ha hecho un importante desarrollo jurisprudencial, que debe servir de pauta a los Estados para comprender sus obligaciones en materia de derechos de los pueblos indígenas:

- Mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables (artículo 29.b de la CADH) que prohíben una interpretación restrictiva de los derechos, la Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el **derecho a la propiedad comunal**.<sup>31</sup>
- El **derecho consuetudinario de los pueblos indígenas** debe ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la propiedad comunal.<sup>32</sup>
- En los casos en los que se trate del derecho de los miembros de una comunidad indígena, la Corte resalta que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa<sup>33</sup> interna, los Estados deben tomar en consideración las **características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas** de la población en general y que conforman su identidad cultural.
- La Corte reconoce a través de su jurisprudencia la estrecha **relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra** y ésta debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.<sup>34</sup>
- Cuando la **propiedad comunal indígena y la propiedad privada** particular entran en contradicciones reales o aparentes, las pautas para definir las restricciones

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 19, párr. 148.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párr. 151.

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 51.

<sup>34</sup> *Cfr.* Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *supra* nota 19, párr. 149; y *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 131.

admisibles al goce y ejercicio de estos derechos son: a) deben ser establecidas por la ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales; y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.<sup>35</sup>

- Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.<sup>36</sup>
- La Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo "objetivo y fundamentado" suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes sobre devolución o restitución de tierras indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. La Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses entre propiedad comunal y propiedad indígena deberá realizarse un "juicio de proporcionalidad",<sup>37</sup> para el cual habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.<sup>38</sup> En otro caso, la Corte agregó que también se deberá considerar si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Si se decide dar prioridad

<sup>35</sup> Corte IDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 141.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 146.

<sup>37</sup> El término "juicio de proporcionalidad" es utilizado por primera vez por la Corte en el caso *Kimel Vs. Argentina*. *Cfr.* Oswaldo Ruis Ciriboga, "Propiedad comunal Vs. Propiedad privada e intereses estatales", en: Rudolf Huber, Juna Carlos Martínez y otros (Coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, México, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 246.

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

a la propiedad privada sobre la comunal, deberá ofrecerse a la comunidad tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie y la comunidad deberá poder participar de cómo se dará esa reparación.<sup>39</sup>

- Cuando los Estados se ven imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de los pueblos indígenas, la **compensación** que otorgue debe tener como orientación el significado que tiene la tierra para estos.<sup>40</sup>
- Sobre la **posesión de las tierras indígenas** la corte ha establecido los siguientes criterios: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.<sup>41</sup>
- El derecho a solicitar la **devolución o restitución de las tierras** puede prescribir, a menos que se demuestre que las comunidades indígenas mantienen todavía una relación con las tierras.<sup>42</sup>
- Los integrantes de los **pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales** que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin estos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la

<sup>39</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 128.

<sup>40</sup> *Ibidem*, párr. 149.

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 38 párr. 128.

<sup>42</sup> *Ibidem*, párr. 133.

necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.<sup>43</sup>

- Sobre concesiones de **explotación de recursos** estableció que con el fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.
- En relación con el derecho al **reconocimiento de la personalidad jurídica** la Corte ha considerado que tal derecho tiene como contenido el que se reconozca a la persona como titular de derechos (capacidad y goce) y desconocer aquel reconocimiento hace a las personas vulnerables frente al Estado o particulares a gozar de los derechos civiles fundamentales. Esto atendiendo a que en casos como Xamok Kasek y Sawhoyamaxa el Estado (Paraguay) no había otorgado o no había tomado las medidas necesarias (atendiendo al principio de igualdad ante la ley) para otorgar a las personas miembros de esta comunidad actas de nacimiento y de defunción. Con esto algunos de sus miembros permanecieron en un limbo legal, pues su existencia e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. *Supra* nota 39, párr. 121; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 137; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 38 párr. 118.

<sup>44</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok. Vs. Paraguay*, *supra* nota 24, párrs. 248-152.

- Para configurar la violación al derecho a la **integridad personal (en términos de integridad personal cultural y de integridad colectiva cultural)**<sup>45</sup> la Corte consideró el sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico que las personas miembros de la comunidad Moiwana habían sufrido al verse obstaculizados sus esfuerzos por obtener justicia; la imposibilidad que tuvieron al honrar apropiadamente a sus fallecidos; y la separación de sus tierras tradicionales.<sup>46</sup>
- **Violaciones al derecho a la vida y vida digna:** La Corte ha considerado que el denegar a los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales puede tener implicaciones en la violación del derecho a la salud,<sup>47</sup> en relación con la obtención de alimento y el acceso al agua; en este sentido, los Estados podrían violar el derecho a la vida digna al no adoptar medidas frente a las condiciones que les impidieron tener acceso a esos recursos.<sup>48</sup> En relación con las muertes de pobladores indígenas por falta de acceso a servicios básicos, la Corte estableció que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida (considerando las dificultades de la planificación y adopción de políticas públicas, la priorización de recursos, etc.). "Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podrían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo".<sup>49</sup>
- En relación con **los pueblos tribales**, en el caso *Saramaka Vs. Suriname*, la Corte determinó que estas comunidades que tiene características sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones y que por ello tienen derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> *Ibidem*, párr. 235.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 94-103.

<sup>47</sup> En este sentido es muy interesante siguiente reporte: Progress can kill. How imposed development destroys the health of tribal peoples, London, Survival International, 2007.

<sup>48</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 163, 167 y 176.

<sup>49</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 38, párr. 155. También véase: *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, *supra* nota 24, párr. 138-217.

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *supra* nota 39, párrs. 84 y 96; y *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. *Supra* nota 46, párrs. 86 y 130.

Es interesante como aunque la Corte ha tomado estos criterios que han servido de fundamento a otras Cortes constitucionales e internacionales, el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas ha quedado, aún, fuera de sus interpretaciones. La instancia internacional que ha hecho consideraciones en este sentido es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso de la comunidad indígena Endorois establecida en Kenia.<sup>51</sup> En este caso Kenia violó el derecho al desarrollo de los Endorois al otorgar concesiones mineras en su territorio sin ningún beneficio para la comunidad indígena. Para el análisis de este derecho la Comisión consideró que el derecho al desarrollo debe atender a cinco criterios: igualdad, no discriminación, participación, rendición de cuentas y transparencia. Por otro lado, añadió que este derecho es violado cuando del desarrollo en cuestión decrece el bienestar de las comunidades indígenas; en este sentido, cobra relevancia el concepto de beneficios compartidos y la reparación del daño.

Por otro lado, es importante destacar que en el marco del análisis de todos estos criterios jurisprudenciales se ha mantenido como constante la discusión en torno al derecho a la consulta. Este último, es un derecho adjetivo que no es sino una herramienta a través de la cual se busca operativizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la toma de decisiones de todas aquellas cuestiones que los afecten. Sin embargo, en el derecho internacional de los derechos humanos éste derecho ha tomado una relevancia que ha desplazado las discusiones en relación con el derecho a la autonomía.

Como lo hemos discutido aquí, el derecho matriz de los derechos de los pueblos indígenas lo es el derecho a la autonomía, y no es sino a la luz de éste que la consulta debe tomar su justa dimensión. De lo contrario, nos quedaremos en la discusión de que los estándares sobre la consulta y el consentimiento libre, previo e informado son tantos<sup>52</sup> y a la vez tan insuficientes para lograr operativizarlos adecuadamente; en vez de, destacar la verdadera obligación del Estado: el respeto por la autonomía indígena.

## VI. A modo de consideraciones finales

Existe un amplio consenso dentro de los juristas de las implicaciones pragmáticas que tiene la reforma al artículo 1o. en materia de derechos humanos de la Constitución general de la

<sup>51</sup> Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International. Communication 276/2003." 27th Activity Report, 46th Ordinary Session of the African Commission on Human and People's Rights, November 11-25, 2009. Banjul: African Commission on Human and People's Rights, 2009.

<sup>52</sup> Véase: Garavito Rodríguez, César y Meghan Morris (Dirs.), *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Colombia, UNIANDES, 2010. Disponible en: <<http://www.justiciaglobal.info/docs/fa3.pdf>> (26 de junio de 2013); y *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*, México, OACNUDH, 2011. Disponible en: <[http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/derecho\\_consulta\\_IS.pdf](http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/derecho_consulta_IS.pdf)> (26 de junio de 2013).

República en el sistema jurídico mexicano, pero más allá de los círculos académicos y judiciales ¿le dice algo esta reforma a los pueblos indígenas de México?

Tal vez resulte sorprendente para muchos que los pueblos indígenas, colectividades que durante mucho tiempo han sido consideradas como pre-modernas, hayan sido los primeros actores en experimentar el potencial de la posmoderna y novísima reforma en materia de derechos humanos en sus luchas legales; a tal grado que dos de las experiencias más relevantes en las que hasta ahora han esgrimido el contenido del nuevo artículo 1o. han sido promovidas por los indígenas purépechas de Cherán y por los wirrarika en defensa de Wirikuta.

Estos dos casos, con sus obvias diferencias y particularidades, ya nos alcanzan a mostrar algunos atisbos importantes del potencial transformador de la reforma al artículo 1o. y sus posibles implicaciones, tanto para los pueblos indígenas como para luchas más amplias que rebasan los intereses estrictos de los pueblos indígenas. En el caso del Juicio para la protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano que ganó la comunidad de Cherán en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación queda claramente establecido que con base en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Pactos Internacionales de derechos Políticos y Civiles y de derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue posible no sólo reconocerle a aquella comunidad indígena su derecho a una elección por usos y costumbres a pesar de las omisiones de la constitución y la ley electoral local; sino además de reconocer como jurídicamente posible la existencia, por primera vez en la historia del Estado mexicano, de un municipio con una estructura de gobierno distinta a la que establece el propio artículo 115 de la Constitución Federal.<sup>53</sup>

El uso del nuevo artículo 1o. también ha sido fundamental para que los wirrarikas libren, hasta ahora, la batalla legal que mantienen en contra de las concesiones a empresas mineras sobre el territorio de Wirikuta. Este caso aunque no ha sido todavía resuelto en definitiva, la suspensión provisional que obtuvieron los indígenas puede ser el inicio de un caso, al igual que el de Cherán, emblemático en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

A pesar de lo sorpresivo que puede resultar este activismo judicial de los pueblos indígenas con base en la reforma en materia de derechos humanos, lo cierto es que el derecho ha sido desde hace mucho tiempo una arma que los pueblos indígenas han utilizado en contra de

<sup>53</sup> Véase: Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano SUP-JDC-9167/2011, disponible en: <<http://www.te.gob.mx/colecciones/Jurisprudencia%20y%20Tesis/Vigentes%20Tercera,%20Cuarta%20y%20Quinta%20C3%89poca/Sentencias/SUP-JDC-9167-2011.htm>> (26 de junio de 2013).

los distintos peligros que han enfrentado. Así, por ejemplo, en la época de la de la desamortización de los bienes comunales en el siglo XIX el uso contra hegemónico del derecho por parte de las comunidades indígenas fue común.<sup>54</sup> Hoy con nuevas armas, instrumentos y discursos jurídicos y contra nuevos peligros creados en complicidad con el multiculturalismo neoliberal, los talamontes, el crimen organizado, las empresas transnacionales extractivistas, los gobiernos corruptos, etcétera los pueblos indígenas de México vuelven a emplear el derecho, en esta ocasión esgrimiendo el discurso del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin lugar a dudas con los casos de Cherán y Wirikuta se abre una nueva etapa, muy esperanzadora, de uso contra hegemónico del derecho por parte de los pueblos indígenas de México. No obstante, habría que tener cuidado de no "echar las campanas al vuelo", ni creer que a partir de la reforma en materia de derechos humanos necesariamente todos los derechos de los pueblos indígenas serán respetados y su condición político-social será mejor por este sólo hecho. En este punto la experiencia histórica es muy importante, no debemos olvidar que incluso en el régimen colonial varias comunidades indígenas lograron ganar casos importantes en los tribunales,<sup>55</sup> sin que eso significara su salida de la situación de opresión que padecían. O que en los momentos de mayor algidez del movimiento indígena por la reivindicación de sus derechos, como lo fueron los tiempos posteriores al levantamiento del EZLN, el "comportamiento estratégico de la interpretación jurídica"<sup>56</sup> tomó posturas conservadoras frente a las demanda de violaciones a sus derechos humanos expresadas en las diversas Controversias Constitucionales y el Amparo indirecto promovidos en contra de la reforma constitucional en materia de "derechos y cultura indígena" publicada el 14 de agosto de 2001.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Véase entre otros: Roseberry, William, "El estricto apego a la ley. Ley liberal y derecho comunal en el Pátzcuaro porfiriano", en Roth Seneff, Andrew (ed.), *Recursos contenciosos. Ruralidad y reformas liberales en México*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2004, pp. 43-84; Purnell, Jennie, "Con todo el debido respeto. La resistencia popular a la privatización de tierras comunales en el Michoacán del siglo XIX", en Roth Seneff, Andrew (ed.), *Recursos contenciosos. Ruralidad y reformas liberales en México*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2004, pp. 85-128; Gledhill, John, *Cultura y desafío en Ostula*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2004, pp. 220-272.

<sup>55</sup> Véase entre otras investigaciones: Stern, Steve, *Los indígenas del Perú y el desafío de la conquista española*, trad. de Fernando Santos Fontenla, Madrid, Alianza, 1986, pp. 185-218; Stern, Steve, "La contracorriente histórica: los indígenas como colonizadores del Estado, siglos XVI a XX", en Reina, Leticia (coord.), *Los retos de la etnicidad en los estados-nación del siglo XXI*, México, Instituto Nacional Indigenista/ Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados en Antropología Social/Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 73-91; Castro Gutiérrez, Felipe, "Tzitzuntzan: la autonomía indígena y el orden político de la Nueva España", en Paredes Martínez, Carlos y Terán, Marta (coords.), *Autoridad y gobierno indígena en Michoacán*, Zamora, El Colegio de Michoacán/Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados en Antropología Social/Instituto Nacional de Antropología e Historia / Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2003, pp. 285-303

<sup>56</sup> En términos de Duncan Kennedy. Véase: Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Argentina, Siglo XXI, 2010.

<sup>57</sup> Para mayores referencias véase: Aguilar Ortiz, Hugo y Julián Santiago, José Juan, "Derechos de los pueblos indígenas, acceso a la justicia y discriminación", en: *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los derechos humanos*, SCJN/OACNUDH, México, 2011, pp. 442-462.

El desafío, consideramos, consiste en evitar la tentación, siempre presente, del fetichismo legal y en usar prudencialmente, evaluando cada caso, el nuevo artículo 1o. y los tratados internacionales en materia de derechos de derechos humanos; así como orientar este uso con una guía política clara: la exclusión fundante de los pueblos indígenas del Estado mexicano.

## Criterios jurisprudenciales

### 1. Internacionales

- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 128.